



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 3052 del 2010, proposto da:
Consorzio Nazionale Servizi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Pesce, con domicilio eletto in Roma, via Venti Settembre, n. 1;

contro

Atac s.p.a. (quale società incorporante di Trambus s.p.a.), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Sigillò Massara e Michele Lioi, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Po n. 25/B;

nei confronti di

Cometa s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Elia Barbieri e Stefano Vinti, con domicilio eletto presso il loro studio, in Roma, via Emilia n. 88;

per la riforma

della sentenza n. 11751 del 26.11.2009, della Sezione Seconda ter del T.A.R. Lazio, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento adottato da Trambus s.p.a., di aggiudicazione alla Cometa s.r.l. della gara per l'affidamento, in un unico lotto, del servizio di pulizie ed attività di supporto all'esercizio stesso;

nonché per ottenere l'annullamento di detto provvedimento di aggiudicazione, nonché dei verbali n. 2 del 9.5.2008 e n. 8 del 29.9.2008 della Commissione di gara e degli atti collegati e connessi, in particolare del provvedimento di ammissione della Cometa s.r.l. alla gara de qua;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Atac s.p.a. (già Trambus s.p.a.) e della Cometa s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2010 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Pesce, Orlando, per delega dell'Avv. Lioi, e Barone, per delega dell'Avv. Vinti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Nazionale Servizi, che ha partecipato alla gara indetta da Trambus s.p.a. per l'affidamento, in un unico lotto, del servizio di pulizie ed attività di supporto all'esercizio stesso, classificandosi al secondo posto con punti 87,557, ha impugnato la aggiudicazione della gara alla

Cometa s.r.l., che si è classificata al primo posto con punti 87,754, e gli atti presupposti presentando ricorso e motivi aggiunti al T.A.R. Lazio, che, con la sentenza in epigrafe indicata, ha respinto il ricorso.

Con il ricorso in appello in esame detto Consorzio ha chiesto l'annullamento della citata sentenza del T.A.R. e l'annullamento degli atti impugnati in primo grado, deducendo, a sostegno del gravame, i seguenti motivi:

1.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D. Lgs. n.163 del 2006 e delle norme comunitarie che governano l'aggiudicazione degli appalti da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa.

La Commissione avrebbe effettuato una non consentita attività di integrativa dei criteri stabiliti dal bando di gara ed erroneamente avrebbe ancorato la fissazione del punteggio relativo all'utilizzo di prodotti con il marchio "Ecolabel" alla quantificazione numerica dei prodotti presentati.

2.- Eccesso di potere per difetto di istruttoria, essendo stato carente l'accertamento della effettiva sussistenza dei requisiti dichiarati dalla Cometa s.r.l. da parte della Commissione amministrativa dell'Ente appaltante.

Del fatturato della Meccanica Romana s.r.l., di cui la Cometa s.r.l. ha dichiarato di volersi avvalere, non è stato fornito l'originale, né copia autentica; comunque la documentazione prodotta dalla citata Meccanica Romana s.r.l. era insufficiente.

3.- Violazione e falsa applicazione del bando di gara, errore e carenza nei presupposti di fatto e difetto di istruttoria da parte della Commissione aggiudicatrice.

L'obbligo assunto dalla Meccanica Romana s.r.l. di fornire i propri requisiti tecnico finanziari e tecnico organizzativi, nonché ogni risorsa anche economica necessaria per l'esecuzione dell'appalto, denoterebbe contraddittorietà ed incertezza circa l'oggetto del contratto di avvalimento.

4.- Mancato computo nell'offerta economica di Cometa s.r.l. degli oneri per la sicurezza non suscettibili di ribasso. Violazione del bando di gara e dell'art. 86 del D. Lgs. n. 163 del 2006. Errore nei presupposti e difetto di istruttoria.

Con atto depositato il 13.5.2010 si è costituita in giudizio l'A.T.A.C. s.p.a., che ha chiesto che il ricorso sia dichiarato inammissibile o improcedibile, o che sia respinto perché infondato.

Con atto depositato il 18.6.2010 si è costituita in giudizio la Cometa s.r.l., che ha chiesto che il ricorso sia dichiarato inammissibile o improponibile, o che sia respinto perché infondato.

Con memoria depositata il 25.6.2010 la Cometa s.r.l., premesso che svolge il servizio dal 22.12.2008 e che quindi non potrebbe comunque essere accolta la domanda di risarcimento in forma specifica, ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 26.6.2010 l'A.T.A.C. s.p.a. ha dedotto la infondatezza del ricorso, concludendo per la reiezione.

Alla pubblica udienza del 2.7.2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello, in epigrafe specificato, il Consorzio Nazionale Servizi ha chiesto l'annullamento della sentenza n. 11751 del 26.11.2009, della Sezione Seconda ter del T.A.R. Lazio, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento di Trambus s.p.a., di aggiudicazione alla Cometa s.r.l. della gara per l'affidamento in un unico lotto del servizio di pulizie ed attività di supporto all'esercizio stesso. Inoltre ha chiesto l'annullamento di detto

provvedimento di aggiudicazione, nonché dei verbali n. 2 del 9.5.2008 e n. 8 del 29.9.2008 della Commissione di gara e degli atti collegati e connessi, in particolare del provvedimento di ammissione della Cometa s.r.l. alla gara de qua.

2.- Con il primo motivo di appello è stata dedotta violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D. Lgs. n.163 del 2006 e delle norme comunitarie che governano l'aggiudicazione degli appalti da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa.

2.1.- Il capitolato di gara prevedeva tra i criteri di assegnazione dei punteggi per l'offerta tecnica, all'art. 16, punto 2.3., l'assegnazione di due punti per utilizzo di prodotti eco compatibili con marchio di qualità ecologica, specificando che per l'assegnazione di detto punteggio le imprese concorrenti avrebbero dovuto presentare l'elenco dei prodotti utilizzati per le attività di gara con marchio ecolabel.

Mentre il capitolato suddetto non prevedeva nulla relativamente alle modalità ed ai criteri utilizzati per l'attribuzione di detto punteggio, la Commissione, con il verbale n. 2, aveva riconosciuto la necessità di precisare il metodo di attribuzione dei punteggi e di definire i criteri di assegnazione definitiva degli stessi, ma, secondo la parte appellante, avrebbe così compiuto una vera e propria attività integrativa dei criteri stabiliti dal bando.

Non sarebbe condivisibile l'assunto del TAR che non erano stati integrati i criteri di assegnazione dei punteggi, ma solo specificata e chiarita la metodologia adottata nell'attribuzione dei punteggi, secondo pesi stabiliti in rapporto ai singoli elementi tecnici costitutivi dell'offerta, in quanto la stessa Commissione aveva affermato che era necessario definire detti criteri.

La integrazione ha comportato effetti in particolare per la sottovoce "utilizzo di prodotti eco compatibili con marchio di qualità ecologica", riguardo alla quale la Commissione ha stabilito che il massimo punteggio, pari a 2 punti, sarebbe stato assegnato alla impresa che avesse inteso fornire il numero più alto di prodotti con marchio Ecolabel.

A seguito di detta decisione della Commissione alla Cometa s.r.l. sono stati al riguardo assegnati 2 punti e al C.N.S. 0,3 punti.

Ma nel bando e nel capitolato speciale non erano contenuti elementi che potessero preventivamente orientare le imprese circa detta modalità di assegnazione dei punteggi.

Dall'assunto del T.A.R., che in base alla normativa vigente all'epoca di pubblicazione del bando la Commissione poteva definire i criteri di valutazione, non essendo ancora stata eliminata dal D.Lgs. n. 152 del 2008 la disposizione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006 che lo consentiva, si dedurrebbe che il primo Giudice ha ritenuto che l'integrazione postuma vi fosse stata e che fosse legittima, ma ciò sarebbe in contrasto con l'affermazione che il Capitolato speciale indicava chiaramente i criteri di valutazione delle offerte ed il valore dei criteri e sub criteri.

Detto assunto non sarebbe comunque condivisibile perché, a prescindere dalla normativa applicabile al momento della attività valutativa, la Commissione non aveva il potere dovere di definire i criteri di valutazione, sia perché i criteri di aggiudicazione dovevano risultare completi e rigorosi già in sede di pubblicazione delle regole di gara e non consistere in semplici criteri di massima da integrare in un secondo momento, sia poiché comunque i concorrenti avrebbero dovuto essere preliminarmente messi a conoscenza di tutti gli elementi, tecnici e non, idonei ad incidere sulla assegnazione dei punteggi.

La Commissione invece, con il verbale n. 2 del 9.5.2008, ha ancorato la fissazione del punteggio alla dichiarazione circa l'utilizzo nello svolgimento del servizio di prodotti con marchio Ecolabel sulla base della mera quantificazione numerica dei prodotti presentati, elemento non previsto dalla *lex specialis*, assegnando dunque rilievo ad un elemento autonomo.

Il C.N.S., se avesse avuto conoscenza preventiva di detto elemento, avrebbe potuto presentare un numero più elevato di prodotti con il marchio Ecolabel; dall'analisi della offerta tecnica risulterebbe che, proprio per innalzare il numero complessivo di prodotti Ecolabel, la Cometa s.r.l. avrebbe presentato prodotti di diverse marche ma con funzioni simili.

Se invece dei 25 prodotti elencati la Commissione avesse tenuto conto solo degli 8 sufficienti la Cometa s.r.l. avrebbe conseguito comunque 2 punti, ma il C.N.S. ne avrebbe conseguiti 0,5, invece di 0,3.

Erroneamente il TAR avrebbe al riguardo affermato che la censura concerne il merito.

2.1.- Osserva il Collegio che il T.A.R. ha al riguardo sostenuto che la Commissione, non aveva integrato illegittimamente, in corso di valutazione, i criteri presi a parametro della valutazione medesima (il che avviene quando le specificazioni incidono in maniera significativa sui criteri di valutazione in precedenza prefissati), bensì aveva provveduto a specificare e chiarire la metodologia adottata nell'attribuzione del punteggio, secondo pesi stabiliti in rapporto ai singoli elementi tecnici costitutivi l'offerta, come era suo potere-dovere sulla base normativa vigente al momento della pubblicazione del bando (cioè la versione dell'art. 83, del D. Lgs. n. 163 del 2006 che ancora prevedeva che la Commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta, dovesse fissare in via generale i criteri motivazionali cui attenersi per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando).

Secondo il Giudice di primo grado il capitolato speciale d'appalto indicava con chiarezza i criteri di valutazione delle offerte e il valore relativo attribuito a ciascuno dei criteri medesimi, nonché, per ciascun criterio di valutazione prescelto, i sub criteri e i connessi sub punteggi. Tuttavia, (poiché era prevista l'assegnazione di 10 punti per il "Progetto di raccolta rifiuti, materiale assorbente ed utilizzo di prodotti ecocompatibili" di cui (i) 4 punti per la Dotazione di strumenti per la raccolta di rifiuti presso i reparti e gli uffici; (ii) 2 punti per la Fornitura di materiale assorbente; (iii) 2 punti per il Programma di ritiro dei rifiuti dai reparti; (iv) 2 punti per l'utilizzo di prodotti ecocompatibili con marchio di qualità ecologica) ha sostenuto il T.A.R. che la Commissione, al fine di dare contezza delle ragioni sottostanti l'attribuzione del punteggio e dei relativi apprezzamenti comparativi, avesse legittimamente predeterminato la motivazione sottesa all'assegnazione del relativo punteggio, dal momento che il punteggio assegnato di per sé non sarebbe stato in grado di assolvere l'obbligo di motivazione.

Per quanto attiene all'affermazione della parte ricorrente per cui i prodotti effettivamente offerti dalla Cometa sarebbero solamente 8 e non 25, il T.A.R. avrebbe erroneamente ritenuto che tale censura fosse afferente il merito e, pertanto, non sindacabile in sede giurisdizionale.

2.1.1.- Innanzi tutto la circostanza evidenziata dal T.A.R., e cioè che costituiva potere-dovere della Commissione definire i criteri di valutazione sulla base normativa vigente al momento della pubblicazione del bando (l'originario art. 83, del D. Lgs. n. 163 del 2006, secondo cui la Commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta, doveva fissare in via generale i criteri motivazionali cui attenersi per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando) non ha costituito la ragione principale della reiezione del motivo aggiunto formulato in primo grado, ma solo una conferma della affermata legittimità delle determinazioni assunte al riguardo dalla Commissione, volte alla predeterminazione delle motivazioni per l'assegnazione del punteggio, che di per sé stesso non sarebbe stato in grado di dare conto dell'iter logico seguito per la sua attribuzione.

Quanto alla dedotta circostanza che le determinazioni circa la attribuzione del punteggio de quo nella misura massima, pari a 2 punti, alla impresa che avesse inteso fornire il numero più alto di prodotti con marchio Ecolabel, avrebbe costituito una vera e propria integrazione dei criteri stabiliti dal bando, privo di elementi che potessero preventivamente orientare le imprese circa detta modalità di assegnazione dei punteggi (così non consentendo al C.N.S., non a conoscenza preventiva di detto

elemento, di presentare un numero più elevato di prodotti con il marchio Ecolabel), il Collegio non può che rilevarne la impossibilità di condivisione.

Laddove il Capitolato prevedeva 2 punti per l'utilizzo di prodotti ecocompatibili con marchio di qualità ecologica, già conteneva, infatti, l'indicazione implicita, ma chiaramente evincibile, che il massimo del punteggio sarebbe stato attribuito, in base alla lista di detti prodotti, alla offerta che avesse contenuto il maggior numero di tale tipo di prodotti nell'elenco presentato.

La circostanza che in seguito la Commissione abbia ritenuto di precisare formalmente ed espressamente che il punteggio massimo sarebbe stato attribuito alla impresa che avesse presentato il maggior numero di prodotti con il marchio Ecolabel non ha quindi costituito affatto una integrazione dei criteri contenuti nella *lex specialis*, ma solo l'esplicazione preventiva dei criteri che sarebbero stati seguiti per la concreta attribuzione dei relativi punteggi numerici, effettuata nei limiti dei poteri che la Commissione stessa aveva al riguardo.

Dette considerazioni comportano la impossibilità di attribuire giuridico rilievo alla affermazione di parte appellante che, se fosse stata in grado di conoscere la sussistenza di detto criterio di valutazione, avrebbe formulato una offerta con incluso un maggior numero di prodotti Ecolabel, perché il criterio era già palese e facilmente evincibile già sulla base della sola *lex specialis*, della quale, si ribadisce, la Commissione, nella seduta n. 2, ha solamente esplicitato preventivamente i motivi formali della valutazione che sarebbe stata in seguito effettuata.

Quanto alla circostanza dedotta dalla appellante che, proprio per innalzare il numero complessivo di prodotti Ecolabel, la Cometa s.r.l. avrebbe presentato prodotti di diverse marche ma con funzioni simili, ritiene il Collegio che ciò costituisca innanzi tutto una ammissione della circostanza che già in base al contenuto della *lex specialis* la sussistenza del criterio che il più alto punteggio sarebbe stato attribuito alla offerta con il più alto numero di prodotti Ecolabel fosse pienamente evincibile.

La Sezione non può peraltro concordare con la tesi del C.N.S. appellante che, se invece dei 25 prodotti elencati la Commissione avesse tenuto conto solo degli 8 sufficienti, la Cometa s.r.l. avrebbe conseguito comunque 2 punti, ma il C.N.S. ne avrebbe conseguiti 0,5, invece di 0,3, e che sarebbe infondata la affermazione del T.A.R. che la censura risultava afferente al merito e, pertanto, non era sindacabile in sede giurisdizionale, perché trattavasi di censura di eccesso di potere per manifesta illogicità.

E' benvero che la valutazione di cui trattasi era espressione di un'ampia valutazione discrezionale e che, come tale, impingendo nel merito dell'azione amministrativa, era conseguentemente sottratta al sindacato giurisdizionale, fatti tuttavia salvi i casi di palese irragionevolezza, travisamento dei fatti ovvero arbitrarietà.

Orbene la tesi che i 25 prodotti offerti dalla Cometa s.r.l. fossero classificabili per tipologia o per categoria di utilizzo in otto classi di appartenenze e che la Commissione dovesse considerare un prodotto per ogni classe, così riducendosi i prodotti dotati di marchio Ecolabel, è tuttavia, ad avviso del Collegio, apodittica e non suffragata da argomentazioni idonee a dimostrare la illogicità della decisione della Commissione di tenere conto di tutti i prodotti offerti.

Non è stato provato, infatti, con l'atto di appello, che per ognuna delle categorie di utilizzo riguardo alle quali erano stati offerti più prodotti, le prestazioni di tutti questi fossero perfettamente equivalenti e sostituibili l'uno con l'altro, tanto da rendere illogica la considerazione attribuita singolarmente ad ognuno di essi da parte della Commissione; ciò considerato altresì che, ex artt. 6 e 11 del Capitolato, detti prodotti avrebbero dovuto essere utilizzati per la pulizia oltre che di edifici, di impianti di climatizzazione, di officine, di servizi igienici, di autobus e tram, anche di radiatori e pezzi di ricambio, il che giustificava che, per classi omogenee, come ad esempio la pulizia dei pavimenti, fosse previsto l'uso di prodotti diversi, stante la diversità delle pavimentazioni da trattare.

Per le considerazioni che precedono la censura in esame non è suscettibile di positiva valutazione.

3.- Con il secondo motivo di appello è stato dedotto eccesso di potere per difetto di istruttoria, essendo stato carente l'accertamento della effettiva sussistenza dei requisiti dichiarati dalla Cometa s.r.l. in sede di valutazione da parte della Commissione amministrativa dell'Ente appaltante

3.1.- Evidenzia innanzi tutto la parte appellante che la Cometa s.r.l. ha dichiarato di volersi avvalere della Meccanica Romana s.r.l., del cui fatturato non è stato fornito né l'originale né la copia autentica, né risulta la registrazione. Il T.A.R. ha ritenuto che la censura non fosse condivisibile alla luce della legge speciale della gara, per la quale non era necessario fornire l'originale o la copia autentica di detta documentazione.

Non ha però considerato che, ai sensi dell'art. 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006 (richiamato dal bando al n. 9-C), in caso di avvalimento doveva essere allegato in originale o in copia autentica il relativo contratto e che tale obbligo, contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale, si estendeva ai contratti prodotti al fine di comprovare il fatturato dell'impresa ausiliaria. Trattandosi di un requisito immateriale, avrebbe invero dovuto essere effettuata una indagine rigorosa, anche perché il fatturato non può essere provato con la esibizione dei contratti, come sostenuto nella impugnata sentenza, ma delle fatture contabili trascritte nei libri contabili ex art. 2214 c.c.

Se non si ritenesse che anche i contratti suddetti (ove dal contratto di avvalimento non possa evincersi con precisione la natura e la quantità dei beni o mezzi messi a disposizione) devono osservare la forma richiesta per i contratti di avvalimento, si vanificherebbe l'esigenza sottesa al prescritto requisito di forma, con la conseguenza che la norma si presterebbe ad abusi.

3.1.1.- Il Giudice di prime cure ha, relativamente all'effettiva consistenza economica dell'avvalimento prestato e dei contratti comprovanti il fatturato della Meccanica Romana s.r.l., condiviso la tesi della controinteressata, secondo cui, in base alla legge speciale della gara, non era necessario fornirne né l'originale né la copia autentica, trattandosi unicamente di documentazione finalizzata a comprovare che la Meccanica Romana s.r.l. era in possesso del fatturato di cui la Cometa s.r.l. aveva dichiarato di avvalersi nella misura del 20%; inoltre ha ritenuto prive di fondamento le ultime censure poiché non esiste altro modo per dimostrare il possesso del requisito del fatturato che la produzione dei relativi contratti.

3.1.2.- Considera la Sezione al riguardo che l'art. 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che il concorrente, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi e forniture, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione di altro soggetto, allegando, tra l'altro, in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si è obbligata nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

Nel caso che occupa è incontestato che detto contratto sia stato prodotto nella forma richiesta.

Quanto ai contratti prodotti al fine di provare il fatturato della impresa ausiliaria va rilevato che l'art. 9 del bando stabiliva che dell'avvalimento avrebbe potuto usufruirsi (nella misura massima del 30 %) per contribuire al raggiungimento dei requisiti di qualificazione relativi alla cifra di affari globali prevista, in riferimento all'importo dei servizi analoghi svolti nel triennio precedente ed al costo del personale.

L'art. 14, lettera b2), del bando di gara prevedeva che il possesso del requisito relativo ai servizi analoghi potesse essere comprovato dalle imprese concorrenti con la produzione dell'elenco dei principali servizi analoghi eseguiti nel triennio previsto, con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari.

Se la produzione di un semplice elenco di detti servizi era sufficiente per la impresa concorrente non si ravvisa alcuna ragione per la quale l'impresa ausiliaria, in assenza di disposizione di legge o

della *lex specialis* che tanto prevedessero, dovesse invece comprovare il possesso dei requisiti stessi con la produzione in originale o in copia conforme dei relativi contratti.

La censura non può essere quindi favorevolmente valutata.

3.2.- Deduce inoltre la parte appellante che dalla documentazione presentata dalla Meccanica Romana s.r.l. relativamente a due contratti si evinceva che erano stati indicati solo importi presunti e che non risultava alcun elemento idoneo a comprovare l'effettivo svolgimento dei servizi.

3.2.1.- Osserva il Collegio che la censura non può essere condivisa, sia perché, come dedotto al riguardo nella memoria depositata dall'A.T.A.C. s.p.a. in data 26.6.2010, e non smentita da controparte, per i contratti pubblici si fa riferimento all'importo presunto e nel caso di specie i dati risultanti dai contratti risultavano del tutto confermati dalla documentazione contabile prodotta dalla Meccanica Romana s.r.l., dopo l'effettuazione di riscontri da parte della Commissione giudicatrice.

4.- Con il terzo motivo di gravame è stata dedotta violazione e falsa applicazione del bando di gara, errore e carenza nei presupposti di fatto, nonché difetto di istruttoria da parte della Commissione aggiudicatrice.

In base agli artt. 2 e 3 del contratto di avvalimento la Meccanica Romana s.r.l. si era obbligata a fornire alla Cometa i propri requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, nonché ogni risorsa, anche economica necessaria per l'esecuzione dell'appalto e per tutta la sua durata, oltre che ad assicurare la continuità della messa a disposizione di dette risorse. Tanto denoterebbe parziale contraddittorietà tra quanto dichiarato in sede di avvalimento dalla Cometa s.r.l. (che non ha fatto riferimento ai requisiti tecnico-organizzativi né a risorse necessarie per l'esecuzione del contratto) e quanto invece dichiarato dalla Meccanica Romana s.r.l. circa ciò che si obbligava a fornire; inoltre risulterebbe incerto l'oggetto del contratto di avvalimento, non essendo spiegato in che cosa consistessero le risorse necessarie all'esecuzione del contratto.

Non sarebbe inoltre chiaro come la Meccanica Romana s.r.l. potesse mettere a disposizione della Cometa s.r.l. i propri requisiti tecnico-organizzativi, essendo la stessa società impegnata per tutto l'anno 2008 in operazioni di movimentazione e rifornimento, e come potesse giustificarsi l'assunto della Cometa s.r.l., che i requisiti di cui voleva avvalersi erano solo di ordine economico, con riferimento al tenore del contratto di avvalimento, con il quale la Meccanica Romana s.r.l. si obbligava a garantire la continuità della messa a disposizione della concorrente di tutte le richiamate risorse.

Non sarebbero divisibili le considerazioni al riguardo formulate dal T.A.R., che ha affermato che in ogni caso la Meccanica Romana s.r.l. si era impegnata a garantire alla Amministrazione la continuità della messa a disposizione della concorrente dei requisiti presi come riferimento al fine del completamento del requisito tecnico-economico, perché avrebbe invece dovuto essere accertato in concreto se l'avvalimento del requisito immateriale mancante alla Cometa s.r.l. fosse esistente in concreto, con riguardo alle altre dichiarazioni contenute nel contratto di avvalimento e agli impegni già assunti dall'ausiliaria in altri contratti.

4.1.- Osserva la Sezione che il T.A.R. ha al riguardo affermato che la Meccanica Romana si è impegnata a mettere a disposizione della controinteressata "in ogni caso, i requisiti presi come riferimento al fine del completamento del requisito tecnico economico di cui al punto 14 lettera b2 del bando di gara", limitando, quindi, il proprio impegno ai requisiti individuati dalla stazione appaltante al punto b2) dell'art. 14 del bando. Pertanto, in ragione della parziale mancanza da parte di Cometa s.r.l. del solo requisito economico relativo al fatturato per servizi analoghi, e, dall'altro, in considerazione del fatto che il requisito di cui alla lett. b2) dell'art. 14 del bando era di natura economica, è stato ritenuto ragionevole e corretto che la citata società avesse dichiarato in sede di gara di avvalersi unicamente del fatturato della Meccanica Romana s.r.l..

4.2.- Considera il Collegio che la circostanza rilevata dal Giudice di prime cure che la Meccanica Romana s.r.l. si era impegnata a mettere a disposizione della Cometa s.r.l. in ogni caso i requisiti presi come riferimento al fine del completamento del suddetto requisito di cui al punto 14, lettera b2), del bando di gara, relativo allo svolgimento di servizi analoghi nell'ultimo triennio per un importo complessivo non inferiore ad € 9.550.000,00, ha costituito puntuale specificazione della generica affermazione, contenuta negli artt. 2 e 3 del contratto di avvilimento, che la Meccanica Romana s.r.l. si obbligava a fornire alla Cometa i propri requisiti economico-finanziari e tecnico - organizzativi ed ogni risorsa, anche economica necessaria per l'esecuzione dell'appalto e per tutta la sua durata, nonché ad assicurare la continuità della messa a disposizione di dette risorse.

Tanto esclude la sussistenza di alcuna contraddittorietà tra le due dichiarazioni e la sussistenza di dubbi, peraltro solo adombrati senza suffragio di idonei principi di prova, circa l'autonomo possesso da parte della Cometa s.r.l. di requisiti ulteriori rispetto a quelli indicati al punto 14, lettera b2) del bando di gara.

La censura in esame non è quindi condivisibile.

5.- Con l'ultimo motivo di appello è stato censurato il mancato computo nell'offerta economica di Cometa s.r.l. degli oneri per la sicurezza non suscettibili di ribasso. Inoltre sono stati dedotti violazione del bando di gara e dell'art. 86 del D. Lgs. n. 163 del 2006, nonché errore nei presupposti e difetto di istruttoria.

Il Bando di gara fissava in € 764.000,00 l'importo per gli oneri per la sicurezza non soggetto a ribasso rispetto al prezzo base complessivo e imponeva ai concorrenti la redazione di un apposito piano di sicurezza. La offerta economica di Cometa non conteneva alcun riferimento agli oneri per la sicurezza.

Il T.A.R. ha asserito al riguardo che (poiché il costo della sicurezza era un onere fisso -non soggetto a ribasso- determinato dalla stazione appaltante, che doveva comunque essere ricompreso nell'importo complessivo a base di gara e di cui i partecipanti avevano contezza tramite il DUVRI, contenente la stima analitica dei costi per la sicurezza) i concorrenti non erano tenuti ad indicare nella propria offerta economica gli oneri per la sicurezza, trattandosi di costi necessari determinati ex ante dalla stazione appaltante, non concorrenti neppure alla verifica della anomalia della offerta a causa della loro indisponibilità.

Deduce l'appellante che tanto non esimeva la Cometa s.r.l. dall'indicare tale costo fisso nella offerta, perché, diversamente opinando, si sarebbe corso il rischio che tali oneri non fossero poi espressamente indicati nemmeno nel contratto di appalto. Nel caso di specie il bando indicava l'importo complessivo per la voce oneri per la sicurezza, ma ai concorrenti era chiesto di presentare il piano per la sicurezza, mentre il DUVRI, contenente la stima dei costi, non risultava allegato agli atti di gara né era menzionato nel bando. Erroneamente il T.A.R. avrebbe attribuito importanza a tale documento.

La Cometa s.r.l. avrebbe dovuto dichiarare nella formulazione dei prezzi offerti che aveva tenuto conto degli oneri previsti per il piano sicurezza e degli obblighi relativi alle disposizioni in materia di sicurezza. Poiché nel caso di specie i costi della sicurezza dovevano essere a carico della impresa (che era tenuta a dimostrare, che essi fossero congrui) la circostanza che l'offerta della Cometa s.r.l. non destinava nessuna somma a tali costi (che dovevano essere tenuti distinti dall'importo a base d'asta e non erano soggetti a ribasso) avrebbe dimostrato che l'offerta Cometa non rispettava il Bando, ovvero che era anomala.

5.1.- Osserva il Collegio che, come dedotto dal Giudice di primo grado, l'appalto in questione prevedeva un onere fisso non soggetto al ribasso determinato dalla stazione appaltante (che doveva comunque essere ricompreso nell'importo complessivo a base di gara) e che essa stazione aveva anche predisposto il DUVRI, documento che contiene la stima analitica dei costi per la sicurezza, in modo che i partecipanti avessero contezza di tali "costi fissi".

La Sezione ritiene di condividere le conclusioni cui è pervenuto il primo Giudice, secondo cui, essendo quella relativa ai costi per la sicurezza una parte immodificabile dell'offerta, i concorrenti non erano tenuti ad indicare nella propria offerta economica detti oneri, trattandosi di costi necessari, determinati ex ante dalla stazione appaltante, indicati negli atti di gara e non soggetti a ribasso, che non concorrevano neppure alla verifica dell'anomalia dell'offerta proprio a causa della loro indisponibilità da parte dei concorrenti.

Premesso che la base d'asta era comprensiva degli oneri per la sicurezza, va invero rilevato che, con nota del 17.6.2008, prot. n. 5103, la stazione appaltante aveva chiarito che i concorrenti avrebbero dovuto presentare le proprie offerte economiche compilando il "Modulo di Offerta Prezzo Assoluto" ed esprimendo il prezzo assoluto per i servizi oggetto di gara. Era dunque del tutto evidente che il prezzo assoluto offerto dalla Cometa s.r.l. era comprensivo anche degli oneri per la sicurezza, senza necessità che essi fossero specificamente indicati, atteso che erano comunque predeterminati dalla stazione appaltante e non suscettibili di ribasso e che, come prescritto dall'art. 15 del Capitolato speciale, detta s.r.l. aveva dichiarato di aver tenuto conto nella preparazione della offerta degli oneri derivanti dagli obblighi in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro.

Del resto dalla sommatoria degli importi di € 152.800,00 per la voce costo della manodopera, e di € 611.200,00, per la voce costo dei prodotti, indicati dalla Cometa s.r.l., si otteneva la somma di € 764.000,00 prevista per gli oneri per la sicurezza, essendo comunque detti costi volti ad iniziative direttamente finalizzate alla tutela della manodopera e necessari per acquistare i prodotti e materiali necessari per assicurarla.

Né potrebbe invocarsi la violazione del disposto dell'art. 87, comma 4, del D. Lgs. n. 163 del 2006 (che prevede che prevede la valutazione, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, dei costi relativi alla sicurezza, che "devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture") sia perché la circostanza non è stata oggetto di censura e sia poiché ai concorrenti che intendano partecipare alle procedure di gara, è imposto di presentare l'offerta economica, segnalando espressamente quali sono gli oneri economici che ritengono di dover sopportare al fine di adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro, al chiaro scopo di consentire all'amministrazione di effettuarne la verifica di congruità. Nel caso di specie il bando di gara non ha previsto detto incumbente proprio perché la entità dei costi per la sicurezza era stata preventivamente prevista, e non era quindi necessaria alcuna verifica della sua congruità.

La censura in esame è quindi insuscettibile di positiva valutazione.

6.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

7.- Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione V, respinge l'appello.

Condanna il Consorzio Nazionale Servizi appellante al pagamento delle spese del giudizio, in favore dell'Atac s.p.a e della Soc. Cometa s.r.l., liquidate nella somma di € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), di cui 1.000,00 (mille/00) per spese, oltre ad I.V.A. e C.P.A., da corrispondere a ciascuna di dette parti resistenti.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccharini, Presidente

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/01/2011

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione